



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

BIANCA ABRA PAGGIARO

**A CONVENÇÃO 158 DA OIT E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**BRASÍLIA
2018**

BIANCA ABRA PAGGIARO

**A CONVENÇÃO 158 DA OIT E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Luiz Emílio Garcia.

BRASÍLIA

2018

BIANCA ABRA PAGGIARO

**A CONVENÇÃO 158 DA OIT E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
parcial para conclusão do curso de
bacharel em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UNICEUB.
Orientador: Prof. Luiz Emílio Garcia.

BRASÍLIA, _____ 2018
BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador

Prof. Examinador

RESUMO

A presente monografia traz uma análise acerca da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, tratando de sua aplicabilidade no direito interno em acordo com a atual regência das leis trabalhistas e de seus requisitos para inserção do âmbito internacional para o nacional. Tem como escopo apresentar posicionamentos a respeito da constitucionalidade do tratado e de sua denúncia, assim como demonstrar sua repercussão nas relações trabalhistas brasileiras. Para tal compreensão, são apresentadas características da relação de trabalho, discorrendo sobre seu contrato e termo. Traz, posteriormente, os requisitos para a aplicabilidade de tratados internacionais em âmbito interno, apresentando as etapas de internalização de Convenções. Por fim, discorre-se sobre a própria Convenção 158 da OIT, informando suas repercussões formais e materiais e trazendo ao leitor posicionamentos sobre sua possível aplicação no ordenamento brasileiro, tendo em vista a diversidade de disposições acerca do tema, no qual há quem defenda sua inconstitucionalidade formal e material, enquanto outros postulam por sua completa legitimidade para aplicação.

Palavras-chave: Convenção 158 da OIT; Relação de Trabalho; Termo; Direito Internacional; Denúncia; Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DO DIREITO DO TRABALHO	12
1.1 Das Fontes do Direito do Trabalho	12
1.1.2 Grau Normativo dos Tratados Internacionais	13
1.2 Da Relação de Emprego	14
1.3 Do Contrato de Trabalho	16
1.3.1 Duração do Contrato de Trabalho	18
1.3.2 Efeitos do Contrato de Trabalho	19
1.3.3 Extinção do Contrato de Trabalho	21
1.3.1.1 Dispensa sem Justa Causa	21
1.3.1.2 Pedido de Demissão	22
1.3.1.3 Dispensa por Justa Causa	22
1.4 Do Aviso Prévio	23
1.5 Do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego	24
1.6 Motivação para Dispensa	26
2 DO DIREITO INTERNACIONAL	27
2.1 Das Convenções	27
2.1.1 Celebração	27
2.1.1.1 Procedimento Solene	28
2.1.1.2 Procedimento Solene mediante Adesão	30
2.1.1.3 Procedimento Simplificado	30
2.1.2 Extinção	31
2.1.2.1 Denúncia	32
2.1.2.2 Funcionamento em Âmbito Interno	33

2.2	Tratados que Versem Sobre Direitos Humanos.....	36
2.3	Leis Complementares e Ordinárias.....	38
2.4	Organização Internacional do Trabalho.....	39
3	CONVENÇÃO 158 DA OIT E A APLICABILIDADE INTERNA.....	41
3.1	Da Constitucionalidade Formal da Convenção.....	41
3.2	Da Constitucionalidade Material da Convenção.....	43
3.3	Da Inconstitucionalidade da Denúncia.....	45
3.4	Dos Efeitos da Convenção em Âmbito Interno.....	47
	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A presente Monografia buscou analisar a Constitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 da OIT e sua repercussão nas relações de trabalho, abordando pontos específicos para caracterizar tratados de Direito Internacional, compreendendo seu funcionamento em âmbito interno, desde sua aplicabilidade até extinção; analisar as relações de trabalho, expondo suas características e formas de rescisão; relacionar os ditames da Convenção 158 da OIT com o Direito do Trabalho brasileiro, assim como sua aplicação dentro das normas constitucionais; identificar a solução de questionamentos gerados com o estudo do tema.

A análise do tema foi embasada em pesquisas bibliográficas, buscando conceitos em artigos científicos, monografias, documentos públicos, entre outras informações disponíveis. Foram feitas, também, análises jurisprudenciais para maior compreensão do objeto.

O trabalho foi dividido de forma que no primeiro capítulo será abordado o Direito do Trabalho e suas vertentes, discorrendo sobre o contrato de trabalho e seus desdobramentos, a fim de alicercear a compreensão do tema.

No segundo capítulo tratarei do Processo de Denúncia das Convenções e Tratados, trazendo as correntes doutrinárias e suas fundamentações. Analisarei a denúncia, também, sob a luz da Constituição Federal.

No terceiro capítulo irei expor as repercussões geradas na seara trabalhista, devidas à denúncia feita pelo presidente. Buscarei compreender os aspectos tocantes à relação de empregado e empregador, e como os estes foram afetados pela denúncia.

Com base em estudos realizados, pode-se aferir que a Convenção 158 OIT surgiu como forma de estabelecimento de parâmetros normativos acerca do término do contrato de trabalho, quando determinado pelo empregador. Ela dispôs a respeito da dispensa arbitrária decorrente de vontade do empregador, devendo esta ter justificativa relacionada ao comportamento e a capacidade do empregado, e, até mesmo, ao funcionamento da empresa. Em outras palavras, não ocorreria uma dispensa onde o empregado não fosse familiarizado com o motivo.

Foi também criado o aviso prévio, e caso este ausente, uma indenização referente a ele. Tal hipótese não se aplica quando o empregado for culpado de cometer alguma falta grave.

Para o empregador a extinção do contrato de trabalho pode ser um mero contra-tempo, enquanto para o empregado pode ser um grande problema a colocá-lo em situação de insegurança individual e de sua família. Muitas vezes o empregado não é atualizado sobre sua própria situação, não sabendo o motivo de sua demissão.

Percebe-se, então, que a dispensa arbitrária passou a ser obrigatoriamente acompanhada de justificativa, gerando, ainda assim, condenação a pagamento de indenização.

Consta na Constituição Federal, em seu inciso I, do art. 7º, que o empregado possui direito à indenização compensatória em caso de despedida sem justa causa ou arbitrária, sendo regulamentada por Lei Complementar. Nota-se, portanto, que a Convenção 158 da OIT condiz com o ordenamento brasileiro que, por sua vez, também busca a proteção do vínculo empregatício.

Tal Convenção entrou em vigência em 06 de janeiro de 1996, após doze meses de sua ratificação, tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo.

A implantação da convenção foi alvo de manifestações por parte dos empregadores, assim como de teorias que sustentavam sua inconstitucionalidade formal e material. Baseando-se em argumentos do tipo, a Confederação Nacional da Indústria e a Confederação Nacional do Transporte ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo ela a ADI 1480. Foi alegado que a convenção não tem status de lei complementar, tendo sido incorporada como ordinária. Tal inconstitucionalidade formal desobedecia à restrição de regulamentação da matéria por lei complementar.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, de fato, estava diante de uma inconstitucionalidade formal, já que tratados internacionais possuem status de Lei Ordinária quando internalizados, e este versava sobre matéria que deveria ser regulada por Lei Complementar. Foi afastada qualquer possibilidade de erro material da Convenção, já que esta dispunha sobre interesse do trabalhador assim como a Constituição.

Buscando encerrar o desentendimento, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, denunciou a Convenção. Com isso, o STF arquivou a ADI 1480 por perda de objeto.

Devido a ato unilateral do presidente foi alegada inconstitucionalidade da denúncia. O relator da ação, ministro Maurício Corrêa foi favorável à procedência da ação por falta de legitimidade de ato isolado do presidente, devendo o ato ser ratificado pelo Congresso Nacional. Foi pedido vista por Nelson Jobim e Joaquim Barbosa, suspendendo o julgamento da ADI. Voltou a ser suspenso pelo pedido de vista da ministra Ellen Gracie, sendo o voto apresentado por sua sucessora, Rosa Weber, declarando a inconstitucionalidade do decreto.

Atualmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES) editou a Súmula 42 dispondo a respeito da Convenção 158 da OIT, onde por ser tratado de direitos humanos sua aprovação e ratificação é ato complexo, sendo necessária a conjugação dos poderes Legislativo e Executivo.

Surgiu, então, nova polêmica, onde o TRT-ES estaria, supostamente, atropelando o Supremo Tribunal Federal. A corte trabalhista, por sua vez, alegou ter se baseado somente na legalidade formal da denúncia, não se atendo ao mérito. Ao mais, afirmou também que a edição de Súmulas, visando a uniformização da jurisprudência, está prevista no ordenamento jurídico. Contudo, o Tribunal Pleno determinou ser prudente aguardar o julgamento do STF, suspendendo a eficácia da Súmula 42.

A validade dessa Convenção é tema de debate no STF há quase 20 anos, não havendo uma solução definitiva e gerando insegurança jurídica.

No Brasil, a Constituição Federal é a fonte primária a ser considerada em qualquer matéria jurídica. Nela é prezada a dignidade da pessoa humana, sendo para tanto, observado o adequado tratamento das partes nas relações de trabalho, avaliando a realidade que a toca.

O trabalhador é protegido pelo direito trabalhista por se caracterizar como elo mais frágil da relação empregatícia. Um dos princípios fundamentais em relação à matéria é o da motivação do rompimento do contrato de trabalho. Contudo, parte do tocante a tal princípio deve ser regulamentada por Lei Complementar, até então não criada, gerando um vácuo legal.

A Convenção 158 da OIT trouxe tal regulamentação, entretanto gerou muitas controvérsias à sua forma dentro do sistema jurídico brasileiro, impedindo sua devida aplicação. Somente através da compreensão do sistema legal brasileiro em conjunto com as normas de Direito Internacional será possível resolver o impasse que atualmente afeta a vida de milhões de brasileiros, uma vez que “demissão” é assunto recorrente à realidade da população.

A edição da Súmula 42/17 do TRT da 17ª Região gerou novo debate a respeito da constitucionalidade da denúncia da Convenção. O tema em questão é de grande relevância devido à extensão de meios afetados por ele, sendo uma rica fonte de pesquisa para acadêmicos por englobar diversas matérias de direito, dentre elas o Direito Internacional e o Direito do Trabalho.

A inovação da regra gera inúmeras dúvidas e indagações, tanto a respeito de sua legalidade, quanto de seu funcionamento uma vez aplicada. Tal lacuna abre possibilidade de novas pesquisas educacionais. Além disso, traz novamente questionamentos a respeito do recorrente assunto que é a Convenção 158 da OIT.

Dando enfoque, em primeiro momento, ao fator material da Convenção nota-se que seu conteúdo está em consonância com a fonte primária do ordenamento brasileiro, a Constituição Federal. Ambos tratam da proteção do trabalhador à dispensa imotivada, devendo existir uma causa exposta ao empregado quando o empregador encerrar o contrato.

Por ter fim social, a continuidade do contrato de trabalho deve ser preservada e as partes devem agir de boa-fé. Uma ruptura inesperada afeta não somente o indivíduo, mas a comunidade como um todo.

Observando a concordância material da Convenção com a Constituição Federal, resta avaliar os requisitos de concordância formal.

Tem-se como requisito formal a regra adotada pela Constituição para a aplicação de espécies normativas. Enquanto um tratado estiver de acordo com a forma prevista pelo ordenamento, ele estará formalmente adequado para aceitação.

O tratado internacional, quando versar sobre direitos humanos, irá ser aplicado com equivalência à emenda constitucional, devendo ter aprovação de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, e após, assinado pelo Presidente da República.

Tomando como base o Princípio do Paralelismo das Formas a revogação ou extinção de um ato deve seguir a mesma forma adotada para sua implantação. Para que um Tratado de direitos humanos seja denunciado deve ser adotada a mesma base de sua incorporação ao ordenamento.

Contudo, tal conflito a respeito da legalidade ou não da forma nunca foi sanado, deixando uma lacuna e prejudicando o povo brasileiro e gerando insegurança jurídica à classe trabalhadora.

Baseando-se nos princípios e normas da Constituição Federal e do Direito Internacional, a denúncia da Convenção 158 da OIT, feita pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, é constitucional do ponto de vista material e formal?

Da vertente da constitucionalidade material da Convenção há de se observar qual corrente de pensamento mais se adequa ao caso em tela. Por um lado, deve-se buscar proteger a dignidade da pessoa humana em relação ao empregado. Por outro, há de se pautar na livre iniciativa e no direito potestativo do empregador, que por vezes é violado por um direito patriarcal em relação ao obreiro. Desta forma, acredita-se que a Convenção 158 da OIT ofende a liberdade de comércio e de contratar prevista pela Constituição brasileira.

Em relação à formalidade da referida convenção pode-se afirmar que a denúncia feita pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso foi inconstitucional, pois desrespeitou o art. 49, inciso I da Constituição Federal, assim como o princípio do paralelismo das formas.

Para solucionar o impasse e extinguir a lacuna jurídica gerada no direito trabalhista, ao STF caberia propor um projeto de lei complementar, já que o mesmo é competente para tal. O projeto estabeleceria preceitos tais como os da Convenção 158 da OIT que se adequassem ao ordenamento brasileiro e suas propostas, regulamentando a dispensa sem arbitrária. Caso a lei complementar fosse aprovada pela maioria absoluta dos votos em cada Casa do Congresso, estaria apta a integrar o ordenamento brasileiro sem ferir disposições constitucionais.

1 DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

As fontes do Direito do Trabalho são a origem e fundamentação que concedem validade a norma jurídica. Godinho as determina como sendo a origem da norma jurídica: “fontes do Direito consubstancia a expressão metafórica para designar a origem das normas jurídicas” (DELGADO, 2014, p. 136).

Elas podem ser divididas em dois blocos, em que se observam divergentes perspectivas das fontes.

Há as Fontes Materiais, nas quais seu prisma é o momento pré-jurídico e as diversidades sociais e políticas que constroem a sociedade, refletindo na elaboração da norma. Elas influenciam na criação e alteração das normas jurídicas. É disposto que (MARTINS, 2014, p. 39):

“Fontes materiais são o complexo de fatores que ocasionam o surgimento das normas, compreendendo fatos e valores. São analisados fatores sociais, psicológicos, econômicos, históricos, etc., ou seja, os fatores reais que irão influenciar na criação da norma jurídica, valores que o Direito procura realizar”.

Já as Fontes Formais abrangem as regras plenamente constituídas e sua forma de exteriorização. “Fontes formais são as formas de exteriorização do Direito. Exemplos: leis, costumes, etc” (MARTINS, 2014, p. 39).

A partir das Fontes Formais gerou-se um debate a respeito dos centros de positividade jurídica. Foram discutidas duas teorias: monista e pluralista.

A Teoria Monista, tendo como principal precursor Hans Kelsen, adota um centro único de positividade, sendo o Estado gerente único de coerção e sanção, decorrente de exclusivismo estatal. Todo fenômeno jurídico estaria limitado à regra.

Na Teoria Pluralista há outros centros a serem adotados, como exemplos contratos e convenções coletivas. Não há estrita redução às normas positivadas, sendo flexibilizados outros meios normativos.

As Fontes Formais podem ser divididas em dois blocos: autônomas e heterônomas. Das fontes autônomas derivam regras oriundas da coletividade, democratizando as relações de poderes existentes através de costumes, ou seja, o destinatário da norma trabalhista determina a regulamentação de suas condições de trabalho, diretamente ou através de entidades representativas. Já das Fontes

Heterônomas tem sua origem direta estatal, sem qualquer interferência direta de seus destinatários em sua produção. Conceituam-se ambos os blocos como (MARTINS, 2014, p. 39):

“Heterônomas: são as impostas por agente externo. Exemplos: Constituição, leis, decretos, sentença normativa, regulamento de empresa, quando unilateral. Autônomas: são as elaboradas pelos próprios interessados. Exemplos: costume, convenção e acordo coletivo, regulamento de empresa, quando bilateral, contrato de trabalho.”

O direito do Trabalho tem integração às regras autônomas, sendo ajustado através de princípios, contratos e outros critérios flexíveis a um bem comum.

1.1.2 GRAU NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os Tratados são acordos firmados entre dois ou mais Estados, criando, modificando ou extinguindo direito e obrigações. Semelhante é a situação das Convenções, gerando-se através de uma adesão voluntária.

Ambos os tipos de contrato são Fontes Formais Heterônomas quando aderido e ratificado por seu Estado.

Para adoção de tratados e convenções, estes devem estar seguindo os ditames constitucionais como característica de qualquer norma infraconstitucional.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 elevou o grau de hierarquia de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, quando aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional em dois turnos, com três quintos dos votos de seus membros, adquirindo patente de emenda constitucional.

A partir disso, o tratado ou convenção que versar sobre direitos humanos entrará no chamado “bloco de constitucionalidade”, estando imune à denúncia.

Já os tratados que versarem sobre direitos humanos aprovados pelo rito ordinário conterão status supralegal, situando-se acima de leis complementares e ordinárias.

Há um artigo que versa sobre o tema, expondo o seguinte (MAZZUOLI, 2009, p. 114):

“Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou se são

“equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil (MENDES, 2005, p. 239). Ocorre que os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas.”

Percebe-se, dessa forma, que o rito de aprovação dos Tratados que versem sobre direitos humanos irá influenciar sua aplicabilidade interna, determinando sua força diante dos demais preceitos legais e da Constituição Federal.

1.2 DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de emprego é caracterizada pela prestação de serviço por uma pessoa física a outrem, seguindo elementos fático-jurídicos essenciais para a prestação do serviço. O polo contratante pode ser composto por pessoa física ou jurídica.

O artigo 3º da CLT deixa clara a definição da relação de trabalho: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”.

É disposto que (DELGADO, 2014, p. 291):

“A relação empregatícia, enquanto fenômeno sóciojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação.”

Tais elementos fático-jurídicos que compõe a relação de emprego podem ser divididos em cinco critérios a serem percorridos.

O empregado, ou seja, o prestador do serviço deve ser Pessoa Física, visto que o Direito do Trabalho preza por bens exclusivos à pessoa natural, como a vida e a saúde, impossíveis de garantir a uma pessoa jurídica. Não há de se falar em relação de emprego na prestação de serviços de uma pessoa jurídica a outrem, sendo incabíveis quaisquer normas justrabalhistas.

Um segundo requisito essencial à relação de emprego é a Pessoaalidade. Este elemento determina a infungibilidade da prestação do serviço ao tratar do trabalhador, ou seja, a relação jurídica firmada deve ser intuito persona ao se referir

ao empregado. O fato desta relação ser personalíssima pressupõe que a obrigação não se estenderá a herdeiros, se dissolvendo o contrato entre as partes.

Há, contudo, situações em que a pessoalidade pode ser temporariamente afastada sem prejudicar a relação de emprego. Tais casos ocorrem em caso de substituição eventual do empregado seja por determinação legal, seja por autorização do empregador.

Outro importante fator empregatício é a Não Eventualidade, de forma que o empregado irá disponibilizar sua força de trabalho de forma permanente ao mesmo empregador, impossibilitando a esporadicidade do trabalho. Não se enquadra na relação de emprego um empregado que não possua habitualidade no labor, se convertendo a uma relação de trabalhado.

Há distinção doutrinária entre a eventualidade e não eventualidade (CARRION, 2012, p. 44):

“Não eventual: permanente ou por tempo determinado. Eventual: ocasional, esporádico. Aqui o conceito não é apenas temporal, pois não deve ser atribuído o caráter de eventualidade: a) quando o trabalho tem por objeto necessidade normal da empresa, que se repete periódica e sistematicamente (ex.: vendedora de ingressos em teatro, uma hora por dia; músico de um clube, dois dias por semana; professor de escola, duas aulas por semana); b) trabalhador contratado para reforçar a produção por pouco tempo (deve ser contratado por tempo determinado, e não como eventual).”

O caráter da Onerosidade é atribuído à contraprestação salarial destinada ao obreiro como troca por sua força de trabalho. Trata-se de uma relação bilateral entre empregado e empregador, enquanto o primeiro fornece seus serviços com *animus contrahendi*, ou seja, a título oneroso, caberá ao empregador retribuir economicamente.

Por fim, há a Subordinação do trabalhador ao empregador, um dos elementos mais marcantes para configuração da relação de emprego. Nela, o empregador tem poder diretivo sobre os atos do obreiro que forem referentes à prestação do serviço. Tal situação jurídica deriva do contrato de trabalho, concedendo ao contratante poder de coordenar e fiscalizar o trabalho prestado, e em contrapartida, o trabalhador se compromete a acolher as determinações impostas.

Há três dimensões doutrinárias para o conceito de subordinação: técnica, visto que deriva do empregador o conhecimento técnico do processo produtivo;

econômica no que tange a centralização do poder financeiro no polo empregador; e jurídica devido ao seu caráter jurídico.

1.3 DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho é a linha que divide dois marcos históricos: o período escravocrata e o período da liberdade das relações trabalhistas. Ele concedeu liberdade ao empregado e empregador para moldarem suas necessidades através de um pacto, sem que este esteja em desacordo com os preceitos legais impostos pela norma trabalhista.

A relação jurídica empregatícia se dá por meio de contrato, cujos sujeitos pactuantes são o empregado e o empregador. Mauricio Godinho define contrato como “Contrato é o acordo tácito ou expresso mediante a qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas” (DELGADO, 2014, p. 520).

Como em qualquer negócio jurídico, o contrato de trabalho exige para sua validade a capacidade do agente, a licitude do objeto, assim como sua possibilidade e capacidade de ser determinado ou determinável, e deve ter forma prescrita e não vedada por lei.

Ao firmar um contrato de trabalho uma pessoa natural irá se obrigar à outra pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado, a prestar atividades oriundas de uma relação de emprego respeitando as características de pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. O objeto contratual pode ser determinado como “O objeto direto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salário.”.

O artigo 442 da CLT dispõe que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

O contrato gera, portanto, uma obrigação às partes expressa ou tácita onde o empregado oferece serviços, e o empregador, contraprestação. Nota-se a bilateralidade desta relação firmada entre obreiro e empregador. É exposto que (DELGADO, 2014, p. 521):

“Define-se o contrato de trabalho como o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços.”

O contrato de trabalho é um pacto de Direito Privado devido à paridade jurídica imposta às partes. Há de se destacar que, inclusive em relações empregatícias com vínculo celetista firmadas com o Estado, o contrato continua sendo regido pelo Direito Privado, visto que o ente está em situação de igualdade com o empregado, sem fazer jus à qualquer prerrogativa especial.

A relação jurídica em tela possui natureza de contrato sinalagmático, cumprindo obrigações contrapostas e contrárias. O empregado fornece energia de produção através de sua prestação laboral, enquanto o empregador proporciona contraprestação remuneratória, mantendo a reciprocidade entre a relação obrigacional oriunda do contrato firmado e garantindo o equilíbrio formal entre as partes.

A natureza consensual do contrato de trabalho afasta a formalidade imperativa para a pactuação, ou seja, não há exigência de forma para firmar o acordo. O contrato pode ser ajustado tacitamente sem se tornar inválido.

Há, contudo, característica contratual imposta a um único polo da relação jurídica: deve ser *intuito personae*. A fungibilidade do empregado descaracteriza totalmente o contrato de trabalho, imposição esta não estendida ao empregador. É entendimento doutrinário que (NASCIMENTO, 2013, p. 563):

“A pessoalidade integra o conceito de relação de trabalho. Pode ser compreendida como a intransferibilidade ou infungibilidade, por iniciativa unilateral do prestador de serviços, própria dos contratos *intuito personae*, o que não é exclusivo da relação de emprego, por que é exigência também de alguns contratos de direito civil.”

O contrato de trabalho deverá ser de trato sucessivo, havendo um débito permanente a ser vencido de forma contínua. Essa característica difere o contrato de trabalho dos demais contratos, como exemplo o contrato de compra e venda que é encerrado com o cumprimento das obrigações. No atual contrato há renovação da obrigação, não sendo ela finita. O contrato será, em regra, por tempo indeterminado. O vínculo empregatício fixa o empregado à fonte de trabalho.

Há de se falar na onerosidade, característica imposta como pré-requisito para este tipo de contrato e gerando o paralelo entre capital e trabalho. Há necessidade de uma contraprestação pecuniária por parte do empregador visando a retribuir o labor prestado pelo obreiro.

O contrato firmado é dotado de alteridade, de forma que todo risco da atividade exercida pelo empregador será risco próprio, não se estendendo ao empregado. É nítido o fato de que o obreiro presta serviços a interesse alheio, não devendo recair sobre si qualquer ônus.

Discorreu-se o seguinte exposto (CARRION, 2012, p. 337):

“A legislação do trabalho não se limita simplesmente a regular as relações entre empregados e empregadores, disciplinando a economia; tem a conotação teleológica de proteger o hipossuficiente, o empregado. Por isso as normas laborais são um mínimo; impedem que se conceda menos ao trabalhador; o que pactuarem a mais terá eficácia entre as partes e será exigível. Nessa ordem protecionista é que devem ser entendidos os dispositivos que constituem as fontes formais do Direito (...)”.

Nítida se torna a percepção de que o obreiro, por sua fragilidade na relação empregatícia, é o polo tutelado pelo direito trabalhista. A Consolidação das Leis do trabalho e demais normas relacionadas são medidas que garantem um mínimo necessário ao empregado.

1.3.1 DURAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Os contratos de trabalho podem ser pactuados por tempo determinado ou indeterminado.

A determinação do contrato de dá por ajuste pactuado entre as partes do momento em que se firma a obrigação, determinando o prazo para seu encerramento.

O artigo 443 da CLT determina em seu parágrafo primeiro o conceito de prazo determinado, no qual “O contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

Há, contudo, determinações legais que autorizam o contrato por tempo indeterminado, não podendo ser por simples vontade livre e desenfreada das partes, determinação esta que visa proteger o empregado da descontinuidade da relação empregatícia.

Há também a modalidade indeterminada do contrato, na qual a relação jurídica entre empregado e empregador não terá termo acordado, ou seja, não há

prefixação de seu termo extintivo. A ausência de acordo que estipule o encerramento da prestação do serviço faz pressupor que o empregado estará indefinidamente contratado para laborar, portanto, não há período firmado para que se encerre o contrato.

O contrato por tempo indeterminado, regra do Direito Trabalhista, tem a motivação como critério de dispensa pelo empregador. Nesse tipo de contrato o empregado está vinculado indefinidamente ao empregador, de forma que só haverá despedida caso uma das partes queira, e caso esta parte seja o empregador, deverá necessariamente apresentar justa causa, e se não, indenizar o ex-funcionário. É preceituado que (DELGADO, 2014, p. 1173):

“O mais importante incentivo à permanência do contrato de trabalho – e, conseqüentemente, o mais importante elemento de afirmação jurídica do princípio da continuidade da relação de emprego – seria, entretanto, a incorporação, pelo Direito do Trabalho, do critério motivado para validação das rupturas contratuais trabalhistas. A incorporação, em síntese, de uma sistemática de causas jurídicas relevantes como fatores propiciadores da extinção do contrato empregatício.”

Destarte, percebe-se que a necessidade de motivação para dispensa seria um elemento garantidor da incidência do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, trazendo ao empregador o encargo de apresentar fatores juridicamente compatíveis para a demissão.

1.3.2 EFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato gera obrigações entre as partes acordantes, atribuindo responsabilidades às partes. A partir disso, são gerados efeitos obrigacionais que irão incidir sobre ambos os polos, empregado e empregador.

Há uma divisão doutrinária que rege esses efeitos, os separando em dois blocos, sendo eles os efeitos próprios do contrato de trabalho e os efeitos conexos a ele.

Os efeitos próprios são inerentes ao contrato trabalhista, atuando diretamente relacionados à sua natureza e objeto. Eles englobam ambos os polos da relação jurídica, atribuindo obrigações ao empregado e ao empregador.

O empregador tem como obrigação “dar”, ou seja, realizar a quitação do débito com o trabalhador por sua prestação de serviço, pagando o salário e demais

parcelas resultantes. Há também de se falar nas obrigações de fazer atribuídas ao patrão, que deverá assinar a CTPS e emitir o documento de Comunicação de Acidentes de Trabalho em casos de sinistros relativos ao período e atividade laboral.

Relevante característica atribuída ao empregador, como efeito próprio do contrato, é o poder empregatício, que concede ao patrão prerrogativas para direcionar a prestação do serviço contratado, devendo o obreiro respeitar ordens lícitas que lhe forem impostas. Caberá ao patrão direcionar, fiscalizar e coordenar o trabalho prestado pelo empregado.

O empregado, por sua vez, está obrigado a “fazer”, ou seja, deve prestar os serviços pactuados na relação jurídica. Sua obrigação de conduta deve seguir determinadas prerrogativas essenciais à boa execução do acordado.

O obreiro deve agir de boa-fé em sua relação laboral, mantendo conduta ilibada na prestação do serviço e prestando suas tarefas com diligência. A assiduidade do empregado é valor a ser mantido, ou seja, busca-se sempre sua pontualidade.

Há de se falar, também, em obrigações de não fazer, de forma que o empregador se absterá de condutas prejudiciais ao negócio mantido pelo empregador, não havendo competição interna de atividade econômica.

O segundo bloco, nomeado como efeitos conexos, engloba características não decorrentes da natureza ou objeto do contrato, porém tem caráter acessório ligado ao contrato de trabalho. São eles os direitos intelectuais decorrentes da autoria e criação do empregado, não exigidos por disposição contratual ou, até mesmo, os danos morais e materiais decorrentes da relação empregatícia a cargo do empregador. Godinho determina os direitos intelectuais como “São vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística.” (DELGADO, 2014, p. 638).

1.3.3 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato trabalhista é regido pelo Princípio da continuidade da relação de emprego, no qual é preservado o vínculo empregatício enquanto não existir fator relevante para a dispensa.

Contudo, há situações em que o vínculo é rompido, seja por vontade do empregado, do empregador, ou de ambas as partes. Godinho alega: “O contrato de

trabalho, como os negócios jurídicos em geral, nasce em certo instante, cumpre-se parcialmente ou de modo integral, e sofre, quase que inevitavelmente, alterações ao longo do tempo; por fim, ele se extingue.” (DELGADO, 2014, p. 1162).

Portanto, a extinção do contrato de trabalho se dará pela cessação das relações jurídicas firmadas entre empregado e empregador. Há algumas modalidades que regem o rompimento do vínculo laboral a serem discutidas em seus respectivos tópicos.

1.3.1.1 DISPENSA SEM JUSTA CAUSA

Também nomeada como dispensa injusta ou imotivada, é um tipo voluntário, por parte do empregador, de cessar a relação trabalhista. Sua classificação como “imotivada” decorre da ausência de pressupostos legais da parte para proceder com a dispensa do empregado, visto que a decisão não está tipificada em lei, mas sim em fatores externos.

Nesta modalidade o empregador não apresentou causa ou motivo que ensejasse a extinção contratual, constituindo a denúncia vazia. Ele não possui a obrigação de justificar os motivos da dispensa, exercendo seu direito potestativo.

Contudo, esta modalidade rescisória acarreta consequências decorrentes do desrespeito ao princípio da continuidade da relação de emprego, de forma que aquele que dispensar o empregado sem que haja motivo legal explícito estará submetido a uma série de sanções.

O empregado fará jus ao salário correspondente ao período trabalhado, juntamente com férias vencidas e proporcionais, gratificação natalina, indenização do FGTS com multa de 40% sobre o valor e seguro-desemprego.

Além disso, o empregado fará jus ao aviso prévio, e em caso de desrespeito a este período concedido ao empregado para buscar novas alternativas, será devida indenização a cargo do patrão.

1.3.1.2 PEDIDO DE DEMISSÃO

Trata-se de outra modalidade voluntária de extinção, visto que o obreiro expressa sua vontade e direito de encerrar o vínculo jurídico previamente estabelecido. Não há necessidade de demonstrar motivação para que se configure o rompimento, visto que é direito da personalidade do empregado se retirar de qualquer situação que não lhe seja favorável.

A modalidade discutida permite ao empregado receber a quantia proporcional ao seu tempo de serviço, férias proporcionais e vencidas e 13º salário.

Há, contudo, duas variáveis em relação à modalidade anterior: o trabalhador não faz jus ao direito de indenização do FGTS; o empregado não recebe pelo aviso prévio, devendo, na realidade, concedê-lo ao empregador. O desrespeito a esta segunda disposição gera ao obreiro dever de indenizar o empregador, ressarcindo-lhe pelo período em que estaria com o aviso.

Godinho determina que “em caso de pedido de demissão, o empregado é que deverá conceder aviso prévio de 30 dias ao empregador” (DELGADO, 2014, p. 1198).

1.3.1.3 DISPENSA POR JUSTA CAUSA

Também conhecida como despedida motivada, refere-se às condutas faltosas do obreiro que abalam a confiança e boa-fé inerentes do contrato de trabalho, ensejando o fim da relação empregatícia.

Nesta modalidade há um rol taxativo de determinações a ser seguido para que seja caracterizada a justa causa, sendo exclusivas à lei quaisquer hipóteses adotadas para a demissão.

Há requisitos doutrinários para que seja encaixa esta modalidade, sendo eles objetivos e subjetivos.

Os objetivos estão ligados às condutas pessoais e obrigacionais adotadas pelo empregado que atinjam o vínculo trabalhista. Não basta que a conduta esteja legalmente tipificada, devendo, também, causar dano ao contrato de trabalho firmado.

A penalidade, contudo, não pode ser desproporcional ao fato infortuno, devendo o empregador dosar o poder disciplinar a ser adotado.

Quando aos requisitos subjetivos são aqueles decorrentes do sujeito, ou seja, do autor da conduta indesejada, analisando o seu grau dolo e culpa. Estão englobadas no tipo as condutas de ação e de omissão.

Nesta modalidade as únicas verbas cabíveis ao empregado são o salário proporcional e as férias vencidas, restringindo-o a quaisquer demais verbas cabíveis em outras modalidades.

1.4 DO AVISO-PRÉVIO

O aviso prévio concede a um dos polos da relação jurídica contratual um prazo para que regularize sua situação. Ao empregador restará tempo para buscar um substituto para preencher a vaga deixada pelo obreiro que se retirou, e ao empregado será permitido buscar novas oportunidades de trabalho sem estar, de fato, desempregado no momento.

A comunicação entre os contratantes os mune de tempo para avaliar alternativas antes de tomar medidas descabidas e precipitadas, garantindo maior segurança jurídica a ambos, e redução do ônus suportado pela parte rescindida.

A Constituição Federal concede tal direito, determinando que (CF, art.7º, XXI):

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: (...)
XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”

A promulgação da Lei 12.506/11 determinou a proporcionalidade a ser adotada no aviso prévio, seguindo o exposto:

“Lei 12.506/11, art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.”

Desta forma a duração do aviso prévio respeitará a variável de 30 a 90 dias a ser concedido pelo polo que ensejar o fim da relação trabalhista

estabelecida. Aquele que desrespeitar o prazo legalmente determinado deverá indenizar a parte contrária no valor de dias que lhe seriam de direito.

1.5 DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O Direito do Trabalho tem como um de seus principais princípios o da Continuidade da Relação de Emprego, no qual se busca preservar o vínculo de trabalho do empregado com o empregador. Ele busca evitar demissões em série para proteger o elo mais frágil da relação jurídica, que é o empregado. Por tal razão, o término do contrato de trabalho se torna um assunto delicado. Ele será encerrado livremente por vontade do empregado, mas ao empregador obstarão motivos para a rescisão ou verbas indenizatórias devidas ao empregado.

A Constituição prevê tal proteção em seu artigo sétimo: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (Art. 7º, I, CF/88).

O Direito do Trabalho, a partir deste princípio, visa à preservação do vínculo empregatício em prol do empregado, visto que sua continuidade na carreira lhe dará capacitação e vantagens econômicas.

Podem ser descritas três repercussões favoráveis ao obreiro, de acordo com critérios doutrinários de Godinho, decorrentes da permanência do contrato pactuado.

A primeira engloba a tendência de elevação dos direitos trabalhistas, visto que a maior duração da relação empregatícia gera ao empregado melhores possibilidades de evoluir em sua carreira recebendo aumentos, bonificações e progressão em seu quadro de carreira. Ora, quanto maior for o período no obreiro em seu labor, maior técnica ele adquirirá para praticar o ofício, contribuindo para seu empregador e tendo a oportunidade de evoluir no mundo profissional.

Em segundo lugar, haverá maior investimento profissional e educacional para a evolução do empregado. Qualquer empregador que preze sua atividade exercida enseja elevar a condição de seus trabalhadores para qualificação do serviço prestado por eles. Desta forma, o patrão irá investir em profissionalização e aperfeiçoamento de seus contratados, coisa que não faria em caso de grande

rotatividade de empregados. O investimento nos funcionários seria uma prioridade, impulsionando o crescimento intelectual e laboral do país.

Por fim, a terceira repercussão favorável deste princípio incide na afirmação social do indivíduo. É intrínseca do ser humano a busca por evolução, e antes mesmo disso, a luta por sobrevivência. Não há possibilidade de viver de forma digna sem meios financeiros. O trabalhador é, portanto, dependente de seu salário. Tal dependência causa insegurança, e esta é reduzida quando o obreiro está em um emprego estável de tempo indeterminado. O trabalho é valor social da nação, elevando o indivíduo e o inserindo nos padrões considerados “dignos” aos cidadãos.

Pode-se evidenciar a incidência deste princípio em quatro situações: restrição de contratos a termo; estabilidade e garantias de emprego; interrupção e suspensão contratual; determinação de justificativa à dispensa.

A justificativa da dispensa é, inclusive, ratificada com a aplicação da Súmula 212 do TST:

“SUM-212 DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

A restrição imposta aos contratos a termo se dá pela contrariedade que estes apresentam em relação ao Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. Este tipo de contrato é aceito pela legislação correspondendo a três pretextos. Em um primeiro momento, busca-se este gênero contratual para prestar serviços de caráter transitório. No segundo momento, acata serviços cuja natureza e duração justifique a estipulação de um prazo. Por fim, há a possibilidade do contrato de experiência.

A relevância do Princípio discutido se torna visível ao notar que a própria CLT possui em seu corpo determinações correspondentes a ele quando determina que a alteração no polo do empresa não extingue as relações jurídicas firmadas com o empregado, expondo que: “ A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.” (CLT, art. 448).

1.6 MOTIVAÇÃO PARA DISPENSA

O critério da motivação é direcionado diretamente ao empregador, não sendo aplicado quando a ruptura for decorrente de direito potestativo do empregado.

O contrato de trabalho é fundado na pessoalidade do empregado, exclusivamente, sendo uma ofensa a seu direito fundamental obrigá-lo a manter uma relação jurídica que lhe é desfavorável. Já no polo empregador há a característica da impessoalidade, não sendo violada qualquer liberdade individual pela incidência do princípio da continuidade da relação de emprego.

A motivação consiste na determinação, pelo empregador, das causas que geraram a ruptura do contrato de trabalho, ou seja, o trabalhador teria conhecimento dos motivos e critérios adotados para embasar sua dispensa.

Há, contudo, a possibilidade de denúncia vazia, também conhecida como despedida injusta do empregado.

2 DO DIREITO INTERNACIONAL

2.1 DAS CONVENÇÕES

As convenções são firmadas através de acordo de vontade de entidades internacionais. Sua pactuação pode ser entre Estados ou Personalidades de Direito Público, entes jurídicos dotados de soberania.

As Organizações Internacionais possuem mesmo grau hierárquico que Países para tratar de direitos de amplitude mundial.

A soberania da qual tais personalidades são agraciadas se dá devido a ausência de hierarquia nas relações prestadas, havendo uma colaboração horizontal visando um bem maior.

Para a validade e eficácia dos Tratados devem ser respeitadas algumas condições, usualmente divididas em dois blocos: intrínsecas e extrínsecas.

As primeiras condições estão ligadas à capacidade das partes de pactuar livremente, sendo seu objeto possível e lícito diante das normas e bons costumes do Direito Internacional. A segunda corresponde a quesitos formais para celebração do acordo, como ratificação, publicação e registro.

2.1.1 CELEBRAÇÃO

Na Constituição Nacional brasileira é disposto que os tratados internacionais são aprovados pelo Congresso Nacional, em suas duas casas por maioria absoluta, e ratificados pelo Presidente da República.

Portanto, cabe ressaltar que não basta somente a aprovação de um Tratado para sua vigência, sendo necessária também sua confirmação pelo chefe do Poder Executivo do país. É exposto que (REZEK, 2014, p. 73):

“Só se pode entender a ratificação como ato *internacional*, e como ato *de governo*. Este, o poder Executivo, titular que costuma ser dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar – o que no léxico significa *confirmar* – perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto.”.

Contudo, há alguns procedimentos a serem observados devido aos seus respectivos graus de formalidade, limitando a adoção de Convenções a determinados parâmetros, sendo eles: procedimentos solenes; procedimentos solenes mediante adesão; procedimento simplificado.

Estas construções doutrinárias auxiliam na aplicabilidade de Convenções em âmbito interno, visando garantir o pleno cumprimento normativo.

2.1.1.1 PROCEDIMENTO SOLENE

Este procedimento é caracterizado por suas diversas etapas que atribuem maior grau de formalidade à formação do acordo entre os entes públicos, respeitando a interpretação de comandos legais dispostos na Constituição Federal.

Ele deve seguir um longo procedimento, indispensável para a validade do Tratado. Somente correspondendo a todos os requisitos o acordo terá vigência em âmbito nacional e internacional. O procedimento burocrático garante maior segurança jurídica tendo em vista que são necessárias inúmeras etapas até que o Tratado passe de uma proposta para uma lei aplicável em âmbito interno. Desta forma, algo tão relevante como a aplicação de uma lei externa dentro de uma nação não será algo banal, passando pelo crivo de diversos entes.

Em um primeiro momento ocorrerá a negociação entre os interessados, ponderando melhores estratégias de lidar com a problemática debatida sem ferir costumes de determinado país ou personalidade jurídica. Há discussão de cláusulas e fixação de parâmetros a serem seguidos.

Após concordância dos pactuantes o Poder Executivo irá elaborar o Tratado nos padrões acordados e delimitados entre os entes internacionais, contendo preâmbulo, dispositivo e caso necessário, anexos.

A aceitação do texto cautelosamente elaborado será marcada por sua assinatura. Este ato não gera efeitos imediatos, dando, por hora, apenas o

consentimento dos contratantes ao que fora formalizado. Não há, sequer obrigatoriedade de submeter o membro soberano às determinações contratuais neste momento, visto que tudo está em fase de verdadeira adesão. É disposto que (REZEK, 2014, p. 70):

“Fala-se aqui daquela firma que põe termo a uma negociação – quase sempre bilateral – fixando e autenticando, sem dúvida, o texto do compromisso, mas acima disso, exteriorizando em definitivo o *consentimento* das pessoas jurídicas de direito das gentes que os signatários representam”.

Em um próximo instante será posta a prova a eficácia e a aplicabilidade do Tratado, de forma que será incorporado internamente às partes assinantes. Esta nova fase decorrente da disposição do direito interno é denominada “aprovação”, que é oriunda da aceitação do Congresso Nacional.

O tratado será encaminhado ao Poder Legislativo para que este se posicione a respeito da aprovação ou não do tema debatido. A Câmara dos Deputados terá sua oportunidade de voto, e em caso de aceitação o contrato seguirá para o Senado Federal, todavia em quaisquer das casas será necessária aprovação por maioria absoluta dos votos, sendo este ensejo de adesão materializado através de Decreto Legislativo a ser publicado no Diário Oficial da União.

Posteriormente, o Tratado passará pelo crivo do Poder Executivo, e caso aprovado será assinado pelo Presidente e encaminhado para o Ministro das Relações Exteriores. Nota-se que o acordo deve ser submetido à aprovação conjunta de dois poderes, de forma que o declínio de qualquer um deles comprometerá o andamento da Convenção em âmbito interno.

Tal ato discricionário do Poder Executivo põe em vigor a eficácia do Tratado em âmbito interno, sendo a partir de então obrigatória sua promulgação.

A promulgação indica que estão preenchidas todas as formalidades e requisitos para sua conclusão, estabelecendo os limites para que este seja inserido em âmbito interno. Ela se dá através de publicação de um Decreto do Presidente da República no Diário Oficial da União, atribuindo executoriedade ao Tratado internamente.

A Convenção passará para sua próxima etapa, a Publicação. Este processo é responsável por dar publicidade ao Tratado, tornando-o conhecimento público da nação que o adotou. Isto se dá devido à adequação do Brasil ao Princípio

da Publicidade, em que atos da administração Pública devem ser divulgados, salvo exceções expressamente determinadas.

O acordo, a partir de então, fará parte do ordenamento interno do país, se tornando parte formalizada de seus costumes. Ele deverá ser cumprido devido à imperatividade adquirida nesta fase.

Por fim, haverá o registro do Tratado em âmbito internacional, como forma de dar publicidade ao acordo, contudo agora esta publicidade será mundial. A Convenção será registrada e publicada pelo Secretariado da ONU em seu anuário.

O registro do Tratado permite que este seja invocado em caso de descumprimento possibilitando a sanção do país em âmbito internacional, sendo, portanto, indispensável.

2.1.1.2 PROCEDIMENTO SOLENE MEDIANTE ADESÃO

O procedimento de adesão se dá em acordos multilaterais, no qual já há uma convenção internacional criada e aqueles países que desejarem fazer parte dela também irão se comprometer a este pacto já formalizado.

Pode-se, em outro viés, determinar este tipo de inserção no Tratado uma expressão de vontade da personalidade de Direito Internacional, visto que ela não participará da elaboração do tratado, somente aceitando seus termos caso queira fazer parte deste.

A adesão se dará mediante autorização do Congresso Nacional através de procedimento solene. Após receber o aval das Casas, ocorrerá o depósito do Tratado, que corresponde a sua ratificação, seguido pela sua promulgação e publicação.

Contudo, é válido ressaltar que o ato de vontade em aderir a um acordo só será plausível diante de Tratado abertos, ou seja, que permitem a entrada de novos membros. Os tratados abertos “(...) são os acordos a que todos os Estados da comunidade internacional podem aderir” (SALIBA, 2011, p. 93). Destarte, a adesão se dará naqueles tratados que permitem quaisquer entes da comunidade internacional em sua pactuação.

2.1.1.3 PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO

Há, ainda, aqueles tratados que permitem maior celeridade em sua implementação. Este procedimento é utilizado em tratados bilaterais, que por sua forma simplificada não precisam passar pelo crivo do Congresso Nacional.

Esta modalidade será válida quando o Tratado objeto de ponderação deriva de um acordo já estabelecido e aceito internamente no país, ou seja, ele será uma derivação de norma internacional já inserida em âmbito interno.

Há também possibilidade de inserção em Convenções através deste procedimento quando o ato não gerar despesas ao erário, estando ausente qualquer onerosidade a nação.

Para que esta modalidade seja válida deve ocorrer a negociação do acordo, seguida de sua assinatura, publicação e registro. Nota-se que a falta de burocracia dessa modalidade se dá devido a pouca mudança ou facilidade de inserção interna da proposta.

2.1.2 EXTINÇÃO

No que tange à extinção, o tratado pode ter sua vigência encerrada de inúmeras formas. Pode ser por vontade comum, por estado de guerra entre as partes, por alteração circunstancial e por vontade unilateral.

Aqueles que celebram o tratado podem desencadear seu fim através da manifestação de vontade. Há algumas maneiras de expressar o ensejo de cessar o acordo.

Uma primeira hipótese seria o próprio texto convencional do tratado prever seu fim, determinando um prazo. É possível, contudo, prorrogar o prazo de encerramento caso as partes contratantes expressem sua vontade.

A segunda possibilidade se dá pelo acontecimento do que ensejou o tratado, ou seja, o objeto acordado foi atingido pelas partes, não sendo mais necessário manter o pacto que anteriormente os ligava. Há, portanto, uma condição resolutiva no Tratado, e sendo esta alcançada, o acordo termina por si só.

Por fim, a terceira alternativa se dá pela manifestação expressa dos pactuantes em encerrar o acordo anteriormente firmado. Independente do Tratado estar ou não vigente, podem as partes se retirar por vontade comum. Conforme

doutrinado, “Extingue-se um tratado por ab-rogação sempre que a vontade de termina-lo é comum às partes por ele obrigadas.” (REZEK, 2014, p. 140).

Há ainda a possibilidade das partes se desobrigarem do Tratado anterior celebrando um novo acordo.

Em outro viés, o Estado de Guerra pode ensejar a extinção dos tratados. O impacto do conflito será constatado em acordos bilaterais no qual as partes divergirem, importando na dissolução. Já em acordos multilaterais, ocorrerá a suspensão da vigência do acordo entre os conflitantes.

A mudança circunstancial ocorre devido a eventos capazes de extinguir ou suspender um contrato, visto que as novas realidades sociais, políticas ou ambientais não permitem sua vigência. De forma simplificada, pode-se aduzir que algo responsável pela gestão e continuidade do acordo não existe mais devido a determinado fato ou acontecimento, sendo impossível prosseguir. É exposto que “Refere-se a este tópico à superveniência da impossibilidade do cumprimento do tratado, e ainda à alteração fundamental das circunstâncias, fenômeno visado pela teoria da cláusula *rebus sic stantibus*.” (REZEK, 2014, p. 151)

Por fim, há de se falar da Denúncia, outra modalidade de extinção de um tratado a ser discorrida em tópico a parte devido à suma relevância para este trabalho acadêmico.

2.1.2.1 DENÚNCIA

A vontade unilateral se dará por denúncia, na qual o Estado manifesta expressamente sua vontade de não ser mais parte do tratado. Ela tem efeitos contrários à adesão e ratificação do tratado, objetivando se desvincular do acordo anteriormente firmado.

Para isso, tal possibilidade deve ter sido antevista e a natureza do tratado deve permitir, posto que nem todo tratado seja passível de denúncia.

É determinado pela Convenção de Viena, em seu art. 56:

“1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:
a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.”

A denúncia é retratável, cabendo ao Estado aderir ao tratado novamente se desejar.

2.1.2.2 FUNCIONAMENTO EM ÂMBITO INTERNO

Passado o prazo de doze meses após o depósito do Tratado, a denúncia de uma convenção da OIT poderá ser feita após o decênio de validade de sua ratificação, devendo ser expressa. Outra possibilidade de denúncia de convenção da OIT se dá antes de completar os doze meses, não havendo prejuízo, na medida em que o instrumento ainda não possui vigor.

Há, contudo, conflito a respeito da competência para fazer tal denúncia. Parte da doutrina sustenta que a decisão se basta por um único poder da União, seja determinação do Presidente da República, ou do Congresso Nacional.

Para maior deliberação do tema serão apresentados posicionamentos doutrinários que apontem perspectivas a respeito.

Francisco Rezek dispõe sobre a competência de quaisquer dos poderes denunciar tratados sem a anuência do outro, conforme exposto (2014, p. 116):

“(...) parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, repute-se suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio da denúncia. Não há falar, assim, à luz impertinente do princípio do ato contrário, que se as duas vontades tiverem de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-las de novo somadas para seu desfazimento. Antes, cumpre entender que as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do tratado, e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional. Isso levará à conclusão de que nenhum tratado — dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia — deve continuar vigendo contra a vontade quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado”

Para José Sette Câmara o poder de realizar denúncia de tratados é exclusivo do Poder Executivo, não havendo interferência ou necessidade de autorização do Poder Legislativo.

Clóvis Bevilacqua alega que ao acatar o disposto em um Tratado o Congresso já estará aprovando suas condições e modo de denúncia, não havendo, portanto, nova necessidade de ratificação da vontade do chefe do Executivo. Ele sustenta também que a denúncia é ato administrativo, sendo pertencente ao Poder Executivo.

Expõe-se que (BEVILÁQUA, 1926):

“Em face da Constituição Federal, pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabelece as condições e o modo da denúncia, como é o caso do 184 Pacto da Sociedade das Nações, art. 1o, última parte. Esta proposição parece evidente, por si mesmo. Se há no tratado, uma cláusula, prevendo e regulamentando a denúncia, - quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso”

Ademais, o Poder Executivo é responsável por representar o Estado em âmbito Internacional, devendo a participação do Congresso Nacional ser residual.

Pontes de Miranda, em contraste aos autores supracitados, defende a necessidade do Presidente em consultar o Congresso Nacional visando à proteção de princípios constitucionais. Para o autor a necessidade deriva do fato de que a aprovação do Tratado foi decorrente da vontade de dois poderes, não podendo sua denúncia seguir caminho divergente para proceder, conforme exposto (1987, p. 109):

“Aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apressar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, ad referendum do Poder Legislativo.”

Seu posicionamento foi embasado na Teoria dos Freios e Contrapesos, na qual um poder limitaria a atuação do outro ensejando harmonia em suas decisões.

O posicionamento de Flávia Piovesan segue sentindo similar ao de Pontes de Miranda, considerando que se para a ratificação de uma Convenção é necessário ato complexo, conjugando determinação de dois poderes, a sua denúncia deverá seguir este mesmo padrão. A retirada do Tratado do ordenamento jurídico interno deveria seguir as mesmas regras utilizadas para sua vigência, mantendo a democratização do processo.

Cançado Trindade expõe que é necessário reduzir a discricionariedade do poder Executivo, já que a competência de revogação de leis pertence ao Legislativo, não podendo haver delegação por ser competência exclusiva. Assim afirma:

“Pessoalmente, sou pela redução da discricionariedade do Executivo na execução ou implementação especificamente dos tratados humanitários, incluídas aqui as Convenções internacionais do trabalho, que, de lege ferenda, deveriam, a meu ver, ter sua denúncia igualmente sujeita, em nosso direito, à prévia autorização parlamentar.” (TRINDADE, 1947 apud MEDEIROS, 2000-2004, p. 421).

Arnaldo Sussekund compartilha do posicionamento em que um Tratado deve, para sua denúncia, passar pelo crivo do Congresso Nacional, visto que a denúncia não é mero ato administrativo devido à retirada de uma norma do sistema jurídico interno. Esse mesmo autor assim declara: “Com referência à submissão das recomendações da OIT ao Congresso Nacional, entendemos que elas devem ser encaminhadas a esse Poder, desde que a matéria versada seja, no âmbito nacional, de sua competência.” (1986, p. 113).

Ademais, se o Tratado debatido possuir natureza que verse sobre Direitos Humanos, estará inserido ao ordenamento sob característica de cláusula pétrea.

A doutrina atual segue majoritariamente a corrente em que a realização da denúncia não pode ser exclusiva do Presidente da República, devendo haver participação do Congresso Nacional, como aponta Pedro Dallari (2003, p. 117):

“O Presidente da República dispõe de exclusividade na iniciativa de projetos de lei de diversas naturezas, como em matéria orçamentária, por exemplo. Aprovado o projeto pelo Congresso Nacional, pode sancioná-lo ou vetá-lo. Mas, uma vez em vigor a lei, não pode o Presidente revogá-la ou modificá-la unilateralmente, tendo, para isso, que provocar nova deliberação do Poder Legislativo. Aplicando-se essa sistemática à apreciação dos tratados internacionais, mais correto seria que o ato de denúncia fosse precedido de aprovação parlamentar.”

Destarte, conforme aponta o autor supracitado, não é possível uma tomada de decisão exclusiva do chefe do Poder Executivo considerando que a revogação de medidas em âmbito interno depende de deliberação do Congresso Nacional.

2.2 TRATADOS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS

Sua natureza envolve vastos debates que englobam situações relevantes mundialmente, que ensejam desde perspectivas sociológicas, até econômicas, há de ressaltar (MEIRELES, 2016, p.80):

“As convenções poderiam se enquadrar no que Piovesan reconhece como “mínimo ético irreduzível” e que é objeto do direito internacional dos direitos humanos. A autora assim se refere a tratados de direitos humanos, pois refletem uma “consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca de salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos”. Daí falar-se em caráter de subsidiariedade ou de complementaridade dos direitos humanos. E nesse sentido, pode-se afirmar que as convenções da OIT são normas internacionais que buscam assegurar parâmetros protetivos mínimos em matéria trabalhista.”.

Portanto, é nítido o caráter ensejador de “direitos humanos” nessas convenções, visto que busca o mínimo de dignidade ao ser humano em algo trivial, porém tão necessário em sua vida, a relação de emprego. Sem essa garantia não haveria bem comum, sendo ignorados os desejos e até necessidades de uma maioria.

Ademais, cabe adentrar mais profundamente nos pensamentos da autora citada (PIOVESAN, 2017, p. 83):

“(…) os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional.”.

O Brasil segue, majoritariamente, a corrente monista para analisar os Tratados de Direitos Humanos, na qual uma única ordem jurídica engloba o direito interno e o direito internacional. Para Barroso (2007, p. 16):

“O direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esses dois domínios, e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito”.

O próprio STF adotou tal corrente, expõe Bezerra Leite (2014, p. 112):

“O STF adotava uma espécie de “monismo moderado”, pois admitia a incorporação do tratado internacional – sem se preocupar tratar-se de

tratado de direitos humanos ou de direito comercial – no ordenamento interno, porém com status de lei ordinária, e não com o status de norma constitucional.”

A promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 determinou que aqueles Tratados sobre direitos humanos aprovados por três quintos dos votos em dois turnos nas respectivas Casas, equivaleriam à emendas constitucionais, ingressando no “bloco de constitucionalidade”, ou seja, normas que tenham status de emenda constitucional.

Tais Convenções se tornam, portanto, imunes à denúncia devido à sua característica de cláusulas pétreas.

“Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Tratados que versam sobre Direito Humanos, mas possuem seu rito de aprovação equiparado ao rito ordinário possuem caráter supralegal, ou seja, estão situadas abaixo da Constituição Federal e acima da legislação interna. Segundo exposto “Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional” (PIOVESAN, 2010, p. 205).

A Convenção 158 da OIT, tema ainda a ser discorrido neste trabalho, foi aprovada respeitando o rito de leis ordinárias, se encaixando acima do ordenamento jurídico brasileiro, mas abaixo da Carta Magna. Este status se deu devido à sua matéria, que versa sobre direitos humanos e sociais ao tratar de relações empregatícias.

Para tanto, há de se conceituar Leis Complementares e Ordinárias, ensejando maior compreensão do tema e debate posterior à respeito da legalidade e forma de denuncia da referida Convenção.

2.3 LEIS COMPLEMENTARES E ORDINÁRIAS

As espécies normativas auxiliam na compreensão organizacional do sistema legislativo brasileiro, atribuindo estruturas e funções às formas legais.

A Lei Complementar visa regulamentar normas constitucionais quando previsto taxativamente no texto. Sua elaboração exige certa complexidade, ensejando aprovação por maioria absoluta dos votos, ou seja, três quintos, nas duas Casas do Congresso Nacional. Sua alteração decorre de outra Lei Complementar que a revogue.

Seu trâmite segue as mesmas medidas administrativas de uma Lei Ordinária, e apesar de haver maiores determinações para sua aprovação, não há grau de hierarquia entre esta norma e a lei ordinária, sendo equivalentes em sua vigência e incidência. É disposto que (LENZA, 2016, p. 708):

“As hipóteses de regulamentação da Constituição por meio de lei complementar estão taxativamente previstas no Texto Maior. Sempre que o constituinte originário (ou até mesmo o derivado reformador, conforme previsto, por exemplo, nos arts. 146-A e 202, assim como poderia ter sido trazido pelo derivado revisor) quiser que determinada matéria seja regulamentada por lei complementar, expressamente, assim o requererá.”.

Já a Lei Ordinária é a norma tipicamente elaborada, devendo ser aprovada por maioria simples do Congresso Nacional, ou seja, devem ser a favor desta a maioria dos presentes em sessão legislativa. Sua competência é residual, de forma que não estando expreso determinado rito de elaboração da norma, caberá a Lei Ordinária.

A Lei Ordinária não pode versar sobre matéria exclusiva de Lei Complementar, sob pena de ser considerada nula devido à sua inconstitucionalidade. A contrária não é verdadeira, visto que uma Lei Complementar pode suprir a lacuna deixada pela ausência de uma Lei Ordinária devido a maior complexidade de aprovação da primeira, como usualmente dito: “Quem pode mais, pode menos”.

Traz novamente exposto à respeito das Leis Ordinárias (LENZA, 2016, p. 708):

“Em relação às leis ordinárias, o campo material por elas ocupado é residual, ou seja, tudo o que não for regulamentado por lei complementar, decreto

legislativo (art. 49 — matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional) e resoluções (arts. 51 e 52 — matérias de competência privativa, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal).”.

Na hipótese de uma Lei Complementar versar sobre tema restrito a Lei Ordinária, ela estará sujeita a materialidade de uma Lei Ordinária, ou seja, pode ser revogada ou modificada por outra Lei Ordinária.

2.4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

As Organizações Internacionais são mecanismos criados pelos Estados visando sanar conflitos e necessidades mundiais. É, de certa forma, uma aliança firmada entre os Estados através de acordos visando atender um fim semelhante, que será mais facilmente atingido por meio de cooperação dos Estados-Membros. Mônica Herz aponta como (2004, p. 9): “As Organizações Intergovernamentais Internacionais (OIG), formadas por Estados, e as Organizações Não Governamentais Internacionais (OGI) são a forma mais institucionalizada de realizar cooperação internacional.”.

Tais organizações possuem personalidade jurídica internacional, sendo-lhe atribuídos direitos e deveres, ou seja, entidade formada em âmbito internacional deverá atender expectativas para as quais foi designada em seus atos constitutivos. Contudo, sua personalidade jurídica não se confunde com a de seus Estados criadores.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi fundada em 1919 a partir do Tratado de Versalhes, sendo atualmente uma das organizações mais prestigiadas da Organização das Nações Unidas (ONU). Ela foi constituída através de Tratado, sendo pessoa jurídica de direito internacional que possui controle sobre suas normas, não sendo confundida com seus Estados criadores.

Seu principal objetivo é promover equidade em relações trabalhistas, regulando a atuação de empregados e empregadores para que esta ocorra com dignidade e justiça.

Nítida se torna a relevância de tal Organização para a evolução sociológica e humanista que é trazido (MEIRELES, 2016, p. 77):

“Juntamente com esses sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, a OIT, como já vimos, desempenha papel fundamental na atividade normativa sobre as normas de proteção do trabalho por meio de convenções. Até a 103ª Conferência Internacional do Trabalho (em junho de 2014) a OIT aprovou 189 convenções cobrindo as mais diversas matérias em direito do trabalho,...”.

A Organização Internacional do Trabalho é responsável pelo controle de normas trabalhistas em âmbito do direito internacional, visando regulamentar a relação de trabalho através de recomendações, convenções e resoluções. Dá-se sua natureza jurídica segundo Sussekind (SUSSEKIND, 2005, p. 1548):

“A OIT foi criada pelo Tratado de Versalhes como organização permanente, constituída pelos seus Estados-Membros, para realizar o programa exposto no Preâmbulo da sua Constituição, com a ampliação decorrente da incorporação, ao seu texto, da Declaração de Filadélfia sobre fins a que sua ação deva visar (art. 1º da Constituição). E o art. 39 da mesma Constituição estatui que a entidade “gozará de completa personalidade jurídica”. Por seu turno, esclarece o art. 40 que “a organização Internacional do Trabalho gozará, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades que sejam necessários para a consecução de seus fins”.

Como Fonte Formal do Direito Internacional, esta Organização é responsável pela elaboração de debate de Tratados que versem sobre trabalho. Os Estados que aderem aos Tratados, Recomendações e Convenções derivados deste mecanismo internacional se comprometem a cumprir suas determinações em âmbito interno.

Recomendações são orientações atribuídas aos Estados-membros visando atingir metas mínimas nas relações de trabalho.

Já convenção da OIT é caracterizada por ser um tratado de natureza normativa, multilateral e aberto. Contudo, as convenções não têm autonomia para serem impostas aos Estados, já que a soberania destes deve ser respeitada.

Após aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho, a Convenção passa a ser classificada como tratados-leis ou normativos, tendo em vista que podem: regular relações internacionais; estabelecer normas gerais de ação; confirmar ou modificar costumes adotados entre as nações. “As convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho são, portanto, tratados-lei (normativos), multilaterais e abertos, que visam a regular determinadas relações sociais.” (SUSSEKIND, 2005, p. 1561).

Sua vigência ocorre doze meses após o registro de duas ratificações da Convenção por Estados-membro. Por outro lado, em âmbito nacional se dá após doze meses que o próprio Estado a tenha ratificado.

Os tratados representam acordo de vontades entre as partes, sendo elas Estados ou Personalidade Jurídica de Direito Público. A Convenção de Viena determina Tratados como:

“Art. 2º Tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.”

Pode-se concluir, portanto, que a OIT possui natureza jurídica de direito internacional, detendo privilégios e imunidades de pessoa de direito público externo.

3 CONVENÇÃO 158 DA OIT E SUA APLICABILIDADE INTERNA

3.1 DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA CONVENÇÃO

A Convenção 158 da Organização Mundial do Trabalho foi aprovada em ambas as Casas do Congresso Nacional mediante quórum qualificado, ou seja, pela aprovação da maioria absoluta de seus membros. Posteriormente, foi publicada no Diário Oficial da União, e passando pelo crivo do chefe do Poder Executivo através de um Decreto Presidencial e nova publicação no D.O.U., começou a vigor no Brasil.

O Tratado em questão versa sobre a despedida sem justa causa ou arbitrária na relação de trabalho, regulamentando seus desdobramentos jurídicos e práticos.

Em tese, foram respeitadas todas as formalidades necessárias para a aprovação de um tratado ou convenção internacional em âmbito interno. Contudo, a matéria sobre a qual versava o pacto firmado exigia um rito diverso para declaração de sua validade.

O art. 7º da CF determina que:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa

causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

O desdobramento do artigo da Carta Magna apresentado determina que Lei Complementar versará sobre a despedida arbitrária ou sem justa causa, constituindo uma incongruência formal homologar uma Convenção para versar sobre o tema, posto que seu rito de aprovação lhe confere força legislativa de uma Lei Ordinária.

Apesar da Lei Ordinária estar em paridade hierárquica com a Lei Complementar, sua aprovação exige menos burocracias e desdobramentos. Enquanto a Lei Ordinária exige aprovação da maioria simples de cada Casa do Congresso Nacional, a Lei Complementar precisa de aceitação da maioria absoluta em cada Casa Legislativa.

Ademais, a Lei Complementar tem sua aplicabilidade expressa pela Carta Magna, não podendo ser substituída por Lei Ordinária sob pena de ser declarada inconstitucional. Já a Lei Ordinária pode ser aplicada em qualquer caso que não requeira rito diverso, não havendo qualquer efeito caso uma Lei Complementar module sobre matéria de Lei Ordinária, se não que passará a ser tratada como Lei Complementar em posteriores decisões.

Esta distinção se dá pelo maior grau de dificuldade de aprovação das Leis Complementares, como comumente falado em âmbito jurídico: “Quem pode mais, pode menos.”.

Destarte, há de fato uma inconstitucionalidade formal na aplicabilidade da Convenção 158 da OIT, porquanto desrespeitou o protocolo de aprovação determinado pela Constituição Federal, tendo em vista que a matéria sobre a qual versa o Tratado é competência de Lei Complementar.

Francisco Rezek faz um apontamento quanto a irregularidade de um tratado internacional em relação a norma interna (REZEK, 2014, p. 127):

“Assim, posto o primado a constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanta*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”

Destarte, não há de se falar na possibilidade de supressão de norma interna em prol de internalização de um Tratado, devendo, se for o caso, cometer violação em âmbito internacional para preservar a autoridade do Estado.

3.2 DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONVENÇÃO

O Brasil adota medidas protecionistas em relação ao empregado, elo mais frágil da relação empregatícia, pautando-se em princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana e da Continuidade da Relação de Emprego.

É exposto que (DELGADO, 2014, p. 206):

“...é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justrabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.”

Apesar da Reforma Trabalhista ter alterado diversos ritos adotados no Direito do Trabalho, não houve mudança quanto a matéria da Convenção tratada, ou seja, não houve complementação no tocante a demissão sem justa causa ou arbitrária.

É fato que a Lei 13.467/17 determinou a redução de diversas medidas protecionistas em relação ao obreiro, contudo, o caráter da relação empregatícia continua a se pautar na fragilidade do empregado.

Há duas vertentes a serem observadas para considerar a constitucionalidade material do objeto apresentado pela Convenção 158 da OIT.

Em um primeiro momento é relevante observar que a Constituição Federal, em seu art. 1º, dispõe que são Fundamentos da República a Dignidade da Pessoa Humana e os Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa.

Pode-se considerar que a despedida arbitrária ofende a “Dignidade da Pessoa humana”, tendo em vista que o empregado depende da subsistência advinda da relação de emprego para sobreviver com o mínimo de integridade esperado. Sem o trabalho o indivíduo é privado até mesmo de questões de caráter alimentício, sendo impossível constituir uma vida nobre.

Sérgio Pinto Martins define “O conceito de dispensa arbitrária é encontrado no art. 165 da CLT, que dispõe que se entende por dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.” (MARTINS, 2014, p. 401).

Ademais, ele também faz a diferenciação entre o ato arbitrário e a dispensa sem juntas causa (MARTINS, 2014, p. 402):

“O ato arbitrário é praticado pelo empregador, ao dispensar o empregado sem justificativa. A justa causa é praticada pelo empregado. A dispensa sem justa causa é feita pelo empregador sem motivo dado pelo empregado”

Outrossim, são elevados os “Valores Sociais do Trabalho”, protegendo a integridade moral e psíquica do obreiro, considerando que o trabalho é de elevada estima em meio à sociedade atual, compondo a integridade do indivíduo em meio aos demais.

A determinação da reinserção do trabalhador ao ambiente de trabalho ou de sua indenização quando a demissão tivesse caráter arbitrário (pautado em motivos frágeis para desconstruir o vínculo empregatício) iria garantir igualdade e afastar quaisquer injustiças que pudessem advir do empregador, pois ele não teria respaldo legal para acobertar sua motivação, que caso fosse discriminatória ou meramente uma veneta, ele poderia ser obrigado a arcar com as consequências de sua decisão.

Por outro lado, é também preceito constitucional, juntamente com o trabalho, os “Valores sociais da Livre Iniciativa”, que permitem ao empregador a flexibilidade de gerir seu negócio quando atendidas as delimitações do ordenamento brasileiro. A liberdade de iniciativa engloba não somente a autonomia de empreender e comercializar, mas também a de contratar, sendo este um princípio do liberalismo econômico. A Carta Magna determina em seu art. 170, parágrafo único que: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

Não há, até o presente momento, regulamentação legal a respeito da despedida arbitrária, tendo em vista que não houve decisão sobre a constitucionalidade da Convenção 158 da OIT. Destarte, é possível posicionar-se em favor do liberalismo econômico, adotado em países de primeiro mundo, a fim de

flexibilizar as relações trabalhistas e garantir maior concorrência na atividade econômica, que será impulsionada pela lei de mercado, movimentando a economia.

Pode-se concluir que existem fundamentos constitucionais em favor de ambas correntes: as da aplicabilidade da Convenção, e as contra.

3.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA

Há posicionamentos diversos quando ao rito de denúncia de Convenções e Tratados, de forma que há controvérsias doutrinárias no tocante a inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, a serem tratadas no decorrer deste tópico.

Ao internalizar a Convenção 158 da OIT os Poderes Executivo e Legislativo homologaram os preceitos descritos no texto legal do acordo, estando responsabilizados interna e externamente a cumprir com o disposto.

O Decreto Legislativo nº 68/1992, o qual aprovou o texto da Convenção debatida, determina em seu artigo 1º, parágrafo único, que “São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.”.

Ante o exposto, resta clara a obrigatoriedade de sujeitar quaisquer revisões ou ajustes à Convenção pelo crivo do Poder Legislativo para que este homologue ou denegue possíveis mudanças.

Nota-se que meras alterações estão condicionadas a aceitabilidade do Congresso Nacional, tornando incoerente que um ato tão extremo como a denúncia da Convenção esteja isento de burocracia.

Ademais, há de se falar no Princípio do Paralelismo das Formas, o qual determina que o rito de criação de uma lei deve ser o mesmo de sua extinção, ou seja, o ato administrativo deve ter como rito de extinção o mesmo que lhe deu início.

A aprovação e internalização da Convenção 158 da OIT se deu mediante aceitação do Congresso Nacional e homologação do Poder Executivo. Desta forma, em consonância com o rito de adesão do acordo, sua denúncia deveria também partir da premissa de necessidade de acordo entre o Poder Legislativo e Executivo.

Sem essa dupla ratificação, a decisão tomada por somente um dos poderes é considerada inconstitucional, estando inapta a retirar a Convenção do ordenamento interno.

Não obstante, há doutrinadores que defendem que a denúncia de Tratados e Convenções é inerente à aceitação de ambos poderes, sendo necessária a desistência de somente um deles em alguns posicionamentos, ou somente do Poder Executivo em outros.

José Sette Câmara, como já apontado neste trabalho acadêmico, defende a exclusividade do Poder Executivo para denunciar tratados (1988, p. 70).

“Sem sombra de dúvidas a conclusão é que o poder de denunciar tratados, mesmo se concluídos com aprovação legislativa pertence ao Executivo. O Legislativo não interfere no processo de denúncia nem é objeto de consulta por parte do Executivo.”

Já Clóvis Beviláqua defende que o Congresso, ao aceitar uma Convenção, está assumindo as condições e forma de denúncia desta. Ademais aponta que por se caracterizar como ato administrativo, denunciar uma convenção é competência do Poder Executivo.

Conforme exposto (BEVILÁQUA, 1926):

“Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a renúncia quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é o modo de executá-lo, portanto, numa de suas cláusulas, se acha consignado o direito de o dar por extinto. (...) Se prevalecesse o princípio da necessidade de deliberação previa do Congresso para ser declarada a retirada do Brasil da Sociedade das Nações, logicamente, deveria ser exigida a mesma formalidade para o cumprimento das outras cláusulas do Pacto, e então seria o Congresso o executor do tratado e não o Poder a quem a constituição confia essa função”

Francisco Rezek, em contraponto, alega que quaisquer dos poderes podem desobrigar o país a manter vínculo com a Convenção, posto que tendo sido necessária a anuência de ambos para firmar o acordo, é incongruente que desfeito um dos pilares que ensejava manter o pacto, este continue a vigor, ou seja, tendo sido necessária a manifestação de vontade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, quando uma dessas vontades for divergente, a decisão não terá força para manter-se. Ele alega

que “Tenho como certo que o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais” (REZEK, 2014, p. 149).

Tais posicionamentos sustentam a teoria de que a denúncia feita à época foi pautada em ato constitucional, estando livre de vícios formais e apta a gerar seus efeitos, ou seja, retirar o país, em âmbito externo e interno, da obrigação de cumprir o pacto ao qual havia aderido.

3.4 DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO EM ÂMBITO INTERNO

A Constituição Federal em seu art. 7º, inciso I, norma de Eficácia contida, prevê a regulamentação, por Lei Complementar, da despedida arbitrária ou sem justa causa com previsão de indenização compensatória e demais direitos a serem garantidos.

É exposto que (MARTINS, 2014, p. 402):

“A lei complementar pode estabelecer o direito a estabilidade do emprego ou a reintegração no emprego, que seriam outros direitos. O STF já entendeu que a relação de direitos contida no inciso I do art. 7º da Constituição é exemplificativa e não taxativa (STF, ADIn 639-DF, Rel. Min. Moreira Alves).”

Apesar desta determinação legal, jamais foi criada legislação para regulamentar a situação do trabalhador quanto a esta modalidade de dispensa, restando uma lacuna legal a ser preenchida.

A eficácia do artigo não impede a aplicabilidade do direito, mas também não o regulamenta para atingir integralmente seu potencial, restando claro um vazio jurídico deixado pelo legislador e pelos aplicadores do Direito.

A convenção 158 da OIT propõe uma garantia permanente no emprego, ou seja, não caberia ao empregador resilir o contrato de trabalho por mera manifestação de vontade, cabendo ao empregado, neste caso, requerer sua reintegração no cargo ou indenização compensatória. Afirma-se que (LEITE, 2015, p. 522):

“A grande novidade trazida com a Convenção *sub examen* estaria em que o empregador não deteria mais o “direito potestativo” de resilir o contrato de trabalho, podendo o empregado pleitear sua reintegração ao emprego ou optar por perceber indenização compensatória, prevista, provisoriamente, no art. 10 do ADCT, sendo que esta passou a ser devida também quando a causa da dispensa vincular-se à capacidade ou ao comportamento ou a motivo técnico, econômico ou financeiro da empresa”.

Apesar dos diversos posicionamentos adotados, não houve decisão tomada para regulamentar o caso em tela.

Essa falta de regulamentação do preceito legal abriu portas para um debate interno no país. O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES) tomou liberdade de editar uma Súmula que dispunha sobre a Convenção 158 da OIT ensejando aplicar o disposto no acordo.

A Súmula 42 do TRT17ª dispunha que a referida convenção versava sobre direitos humanos, tendo como rito de aprovação um ato complexo, ou seja, conjugação dos poderes Executivo e Legislativo, estando, portanto, ainda vigente em âmbito interno. É trazido no dispositivo que:

“INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (checks and balances) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF.”

Tal decisão decorreu da competência dos Tribunais em editar Súmulas para uniformizar jurisprudências, à época protegida pelo ordenamento trabalhista. Apesar de atualmente existir um debate a respeito do método de aprovação e edição de Súmulas, decorrente da Reforma Trabalhista, é nítido perceber que a polêmica gerada teve motivação na inércia do Supremo Tribunal Federal em deliberar sobre a Convenção 158 da OIT.

À época, a medida tomada pelo Tribunal foi criticada por estar desconsiderando a competência do STF para tratar da matéria, tendo sido suspensa a eficácia da Súmula 42.

Apesar de cessada a polêmica, tal conflito tornou possível a percepção de que uma decisão deve ser tomada, seja em prol do empregado ou empregador.

Uma Lei Complementar que versasse sobre a despedida arbitrária serviria de base legal para unificar o julgamento dos tribunais, cessando a insegurança jurídica decorrente da falta e previsão legal.

Sem uma regulamentação para despedidas arbitrárias e sem justa causa não há como determinar, precisamente, a medida correta a ser adotada. Por ser um tema amplamente tratado no cotidiano dos tribunais trabalhistas, não há justificativa para ausência de determinação legal sobre a forma de se proceder nos casos apresentados.

CONCLUSÃO

O Primeiro capítulo deste trabalho acadêmico retratou o Direito Trabalhista em âmbito interno, percorrendo primeiramente sobre as fontes que orientam o Direito do Trabalho. Em um segundo momento, o capítulo trouxe ao leitor a aplicabilidade interna dos tratados, ensinando demonstrar o grau normativo que estes representam na seara trabalhista. Posteriormente, tratou-se da relação de emprego e do contrato de trabalho, trazendo tópicos como durabilidade, efeitos e extinção. Dentro da extinção do contrato firmado entre empregado e empregado, foram expostas algumas de suas modalidades que pudessem ser pertinentes para a elaboração e compreensão desta monografia. Ademais, retratou-se o aviso-prévio, seguido pelo Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, e pela Motivação para Dispensa, temas ligados devido sua aplicabilidade conjunta na seara trabalhista.

O Segundo Capítulo versou sobre o Direito Internacional, percorrendo sobre as Convenções. Dentro delas foram explicadas sua forma de Celebração, podendo abarcar o Procedimento Solene e o Procedimento Solene Mediante Adesão. Posteriormente, tratou-se da Extinção de Convenções e Tratados, dando enfoque à modalidade da Denúncia, essencial para compreensão do tema tratado neste trabalho. Retratou-se o Funcionamento das Convenções em âmbito interno, ressaltando aquelas que versam sobre Direitos Humanos. Foram também abarcadas neste capítulo as Leis Complementares e Ordinárias, pois sem seu entendimento não há como produzir debate à respeito da legalidade da Convenção 158 da OIT. Por fim trouxe ao entendimento do leitor a Organização Internacional do Trabalho, mecanismo essencial para criação da Convenção tratada.

O terceiro capítulo retratou a Aplicabilidade da Convenção 158 da OIT em âmbito interno, pautando-se em debates sobre sua constitucionalidade formal e material. Posteriormente, apresentou um tópico sobre a inconstitucionalidade da denúncia, reforçando algumas visões doutrinárias. Por fim, demonstrou efeitos da Convenção 158 da OIT internamente, retratando a repercussão interna gerada por ela.

A partir da análise do tema apresentado, pode-se aferir que a Convenção 158 da OIT é constitucional do ponto de vista material e formal?

Não para ambas as assertivas. Quanto ao ponto de vista material a vigência do Tratado ofenderia a liberdade de comércio e liberdade do empregador de contratar através de sua expressão de vontade. O Brasil tem como um de seus fundamentos a livre iniciativa, e esta será diretamente prejudicada em caso de implementação do requerido pelo acordo. Por outro lado, há inúmeras outras formas de proteção do empregado, inclusive já adotadas internamente em decorrência do direito trabalhista protetivo ao obreiro.

No tocante a inconstitucionalidade formal da Convenção 158 da OIT toma-se tal posicionamento pautando-se na ausência de base legal para internalizar a referida convenção ao ordenamento, tendo em vista que sua aprovação se deu por rito de Lei Ordinária, quando a Constituição Federal determina expressamente que o exposto no artigo 7º, inciso I da CF seria regulamentado por Lei Complementar, não podendo esta forma de aprovação ser substituída por uma menos burocrática, tendo em vista a relevância do tema discutido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações: parecer do dia 05 de julho de 1926 - in Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty, vol.II (1913-1934)*.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTR, 2014.

HERZ, Mônica. *Organizações Internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Gazeta Jurídica. Brasília: 2013.

MEIRELES, Gustavo Fernandes. *Trabalho, comércio e dignidade no direito internacional contemporâneo: desafios e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC*. Curitiba: Juruá, 2016.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: A Casa, 1987.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana de Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009 | Revista dos tribunais, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009 | Revista de direito do Estado : RDE, n. 14, abr./jun. 2009.

SETTE, José Camara. A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, XXXIX a XLI, n. 69/71, p. 56-75, 1987/1989.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *O Brasil e a Organização Internacional do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, p. 105-116, 1986.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II.

TRINDADE, Antônio Cançado. *Denúncia e Nova Adesão do Governo Brasileiro à Convenção no 81 da Organização Internacional do Trabalho Concernente à Inspeção do 128 Trabalho na Indústria e no Comércio (1947)*. p. 416-423. in MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org). *Pareceres dos consultores jurídicos do itamaraty*. Brasília, DF: Senado Federal, 2000-2004. v. VIII.